معايير الترجيح بين الضررين وتطبيقاتها المعاصرة في القضايا الأسرية والطبية

إعداد

زكية بنت يوسف

الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا

سبتمبر 2005م

الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا
INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA
يونيۏرسيتي إسلام انتارابغسا مليسيا

معايير الترجيح بين الضررين وتطبيقاتها المعاصرة في القضايا الأسرية والطبية

إعداد
زكية بنت يوسف

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في معارف الوحي والتراث
(الفقه وأصوله)

كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية
الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا

سبتمبر 2005م

ملخص البحث

استهدفت هذه الدراسة بحث وبيان معايير الترجيح بين الضررين بالاعتماد على مقاصد الشريعة، ثم الاستفادة منها تطبيقيا في حل بعض المشاكل المعاصرة المتعلقة بالقضايا الأسرية والطبية. ابتدأت الدراسة ببيان مفهوم "الضرر" وأدلة مشروعية رفعه كقاعدة في الاجتهاد. ثم بيان مفهوم "الترجيح" والوقوف على معايير اختيار الراجح بين الضررين بميزان مقاصد الشريعة، وهذا من خلال التعرض لاجتهاد الأصوليين والفقهاء المحققين في هذا الباب. وأخيرا، تقوم الباحثة بتطبيقات معاصرة لتلك المعايير في ثلاث قضايا أسرية، وثلاث طبية. وقد اعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي في جمع آراء الأصوليين والفقهاء قديما وحديثًا حول تلك القضايا الفقهية مع ذكر الفتاوى المعاصرة المتعلقة بها. ثم اتبعته بالمنهج التحليلي النقدي لتحليل تلك الآراء التي غلب عليها الاختلاف على ضوء مقاصد الشريعة وما تضمنه من قواعد لبيان الراجح منها. ولقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج جرى استعراضها في الخاتمة، ومن أهمها؛ تحديد وتطبيق معايير محددة لبيان الراجح من الأضرار من جانب الإيجاد ومن جانب العدم المتعلقة بالمسألة. والأمر يقتضى التأصيل بالاعتماد على القرآن والسنة، والقواعد الأصولية، وقواعد المقاصد، والقواعد الفقهية، وفهم الواقع المعاصر حتى يكون الاجتهاد أقرب إلى روح الشريعة.

ABSTRACT

This study is aimed at investigating the criteria for preference of one of the two harms based on *Maqāṣid al-sharīʻah* (objectives of Islamic law) and applying them to some contemporary problems concerning the family and hygiene. The study examines the definition of *"al-ḍarar"* (the harmful) followed by highlighting the fact that removing the harmful is the basis of *al-ijtihād*. Then, the concept and criteria of *"al-tarjīḥ"* (the preference) are explained in the light of *Maqāṣid al-sharīʻah* as elaborated by scholars of jurisprudence. Finally, the researcher applied the said criteria of preference to certain contemporary problems; three on family matters and three related to medicine. The study is based on the inductive approach in collecting relevant juristic opinions of early and contemporary scholars, including the views expressed in *al-fatā*w*ā al-muʻāṣirah* (the contemporary legal opinions). As for the analysis of these different opinions on *Maqāṣid al-sharīʻah*, analytical and critical methods were also applied in establishing the strongest view on the matter concerned. The conclusion of this study comprises various findings, the most important being the determination and application of some of the criteria of preference so as to know the strongest harms between the permissibility and non-permissibility of particular problems. The legislative principles consulted in this study are *al-Qurān*, *al-Sunnah, al-Qawāʻid al-Uṣūliyyah, Qawāʻid al-Maqāṣid* and *al-Qawāʻid al-Fiqhiyyah.*

APROVAL PAGE

I certify that I have supervised and read this study and that in my opinion, it conforms to acceptable standards of scholarly presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Usul Fiqh).

____

Ghalia Bouhedda
Supervisor

I certify that I have read this study and that in my opinion, it conforms to acceptable standards of scholarly presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Usul Fiqh).

____

Bachir Soualhi
Examiner

This thesis was submitted to the Department of Fiqh and Usul Fiqh is accepted as partial fulfillment of the requirement for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Usul Fiqh).

____

Mohamad Akram Laldin
Head,
Department of Fiqh and
Usul Fiqh

This thesis was submitted to the Kulliyyah of Islamic Revealed Knowledge and Human Sciences and is accepted as partial fulfillment of the requirement for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Usul Fiqh).

____

Hazizan Md. Noon
Dean,
Kulliyyah of Islamic Revealed
Knowledge and Human Sciences

DECLARATION

I hereby declare that this thesis is the result of my own investigations, except where otherwise stated. Other sources are acknowledged by footnotes giving explicit references and a bibliography is appended.

Name: Zakiah Binti Yusoff

Signature: ________________ Date: _______________

الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع 2005م محفوظة لـ زكية بنت يوسف

معايير الترجيح بين الضررين وتطبيقاتها المعاصرة في القضايا الأسرية والطبية

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشورة في أي شكلٍ وبأية صورةٍ (آلية كانت أو إليكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذنٍ مكتوبٍ من الباحث أو الباحثة إلا في الحالات الآتية:

1- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشورة في كتاباتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.

2- يكون للجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية ولكن ليس لأغراض البيع العام.

3- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشورة إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.

4- ستزود الباحثة مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا بعنوانها مع إعلامها عند تغير العنوان.

5- سيتم الاتصال بالباحثة لغرض استحصال موافقتها على استنساخ هذا البحث غير المنشورة للأفراد من خلال عنوانها البريدي أو الإلكتروني المتوفر لدى المكتبة. وإذا لم تستجب الباحثة خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليها ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

أكدت هذا الإقرار: زكية بنت يوسف

....

التوقيع التاريخ

إلى والدي العزيزين (يوسف بن يعقوب ورملة بنت درحمن)
اللذين ربياني بعطفهما وحنانهما،

وإلى أساتذتي الأجلاء الذين أخذوا بيدي إلى نور العلم والمعرفة،

وإلى إخوتي وأخواتي الأعزاء الذين جاهدوا في طريق العلم،

أهدي ثمرة هذه الرسالة, وجزاكم الله خيرا كثيرا.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين. أشكر الله أولاً على توفيقه لإتمام كتابة هذه الرسالة. فلك الحمد ولك الشكر على ذلك.

أقدم في هذا المقام عظيم شكري وجزيل امتناني **للدكتورة غالية بوهدة** –حفظها الله – على عونها ومساعدتها في سبيل إتمام كتابة هذه الرسالة. فكان لها الفضل في الإشراف على هذه الرسالة وإبداء التوجيهات القيمة البناءة والتصويبات السديدة. فأسأل الله تعالى أن يجزيها خير الجزاء وأوفى الثواب. ثمّ اعترافي بالجميل وجزيل شكري موصول إلى الممتحن الثاني **الدكتور البشير صوالحي**– حفظه الله – على مساهمته القيمة في تنبيهه إلى خطأ أو خلل في الرسالة لتخرج في صورتها الأفضل، فجزاه الله خير الجزاء.

وكذلك أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا التي قد أتاحت لي الفرصة لطلب العلم والتحصيل عليه في رحابها وما قدمت لي من التسهيلات في ذلك.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية والأساتذة الأفاضل فيها من أعضاء التدريس والإدارة والأساتذة والموظفين في قسم الفقه وأصوله وخاصة رئيس القسم، **الدكتور محمد أكرم لالدين** على ما قدموا لخدمة الإسلام والمسلمين.

وكذلك أقدم الشكر والامتنان إلى مركز الدراسات العليا بالجامعة والقائمين عليها, لما لمسته من حسن المعاملة, ولما قدموه من عون. فلهم مني جميعاً الشكر والتقدير.

وأخيراً لا يفوتني أن أسجل عظيم شكري وامتناني إلى **الأستاذ أحمدو، والدكتور الطاهر الميساوي، والدكتور إسرار خن** وجميع إخوتي وأخواتي الذين لم يألوا جهداً في تقديم يد العون والمساعدة والتسهيل في إنجاح هذا العمل المتواضع. فجزاكم الله خيراً كثيراً والحمد لله رب العالمين.

محتويات البحث

الموضوع	الصفحات
ملخص البحث	ب
ملخص البحث باللغة الإنجليزية	ج
صفحة القبول	د
صفحة الإقرار	ه
صفحة الإقرار بحقوق الطبع	و
الإهداء	ز
شكر وتقدير	ح
محتويات البحث	ط
الفصل الأول التمهيدي: مقدمات البحث	
المقدمة	1
أسئلة البحث	2
أهداف البحث	2
الدراسات السابقة	3
منهج البحث	8
الفصل الثاني: مفهوما "الضرر" و"الترجيح" في الفقه الإسلامي	
المبحث الأول: بيان "الضرر" وشروط ثبوته وأدلة مشروعية رفعه كأصل في الاجتهاد	9
المطلب الأول: مفهوم "الضرر" لغة واصطلاحا	9
المطلب الثاني: شروط ثبوت الضرر في الفقه الإسلامي	13
المطلب الثالث: أدلة مشروعية رفع الضرر كأصل في الاجتهاد	16
المبحث الثاني: بيان حالات حصول الضررين	20
المطلب الأول: حالات حصول الضررين المتساويين	20

المطلب الثاني: حالات حصول الضررين المختلفين 22
المبحث الثالث: بيان "الترجيح" وقواعده في الاجتهاد الأصولي 28
المطلب الأول: معنى "الترجيح" لغة واصطلاحا 28
المطلب الثاني: قواعد الترجيح في الاجتهاد الأصولي 29
المبحث الرابع: مقاصد الشريعة وأهميتها في الاجتهاد الترجيحي 33
المطلب الأول: تعريف مقاصد الشريعة 33
المطلب الثاني: أهمية معرفة مقاصد الشريعة في الاجتهاد الترجيحي 35
الفصل الثالث: معايير الترجيح بين الضررين في الفقه الإسلامي على ضوء مقاصد الشريعة
المبحث الأول: معايير الترجيح بين الضررين باعتبار درجة قوتهما 39
المطلب الأول: المعيار الأول 39
يرجح دفع ضرر تفويت المقاصد حسب أولويتها الترتيب الموالي: المقاصد الضرورية، ثم الحاجية، ثم التحسينية
المطلب الثاني: المعيار الثاني 44
يرجح دفع ضرر تفويت المقاصد حسب أولويتها الترتيب الموالي: الدين، ثم النفس، ثم العقل، ثم النسل، ثم المال
المطلب الثالث: المعيار الثالث 47
يرجح دفع ضرر تفويت المقاصد الأصلية على ضرر تفويت المقاصد التبعية
المطلب الرابع: المعيار الرابع 48
يرجح دفع الضرر الأشد على الضرر الأخف
المبحث الثاني: معيار الترجيح بين الضررين باعتبار عمومهما وخصوصهما 53
مطلب: معيار الترجيح 53
يرجح دفع الضرر في تفويت المصلحة العامة على الضرر في تفويت المصلحة الخاصة

المبحث الثالث: معيار الترجيح بين الضررين باعتبار قطعيتهما وظنيتهما 58
مطلب: معيار الترجيح 58
يرجح دفع الضرر المقطوع به على الضرر المظنون، ويرجح دفع الضرر المظنون على الضرر الموهوم
الفصل الرابع: تطبيقات معايير الترجيح في القضايا الأسرية
المبحث الأول: الزواج العرفي 63
المطلب الأول: تعريف الزواج العرفي وصوره 63
المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم الزواج العرفي 72
المطلب الثالث: الموازنة بين الأضرار 74
المبحث الثاني: زواج المسيار 89
المطلب الأول: تعريف زواج المسيار 89
المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم زواج المسيار 90
المطلب الثالث: الموازنة بين الأضرار 92
المبحث الثالث: الطلاق بواسطة الرسائل القصيرة عبر الهاتف النقال (SMS) 111
المطلب الأول: مفهوم الطلاق بواسطة الرسائل القصيرة عبر الهاتف النقال 111
المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم الطلاق بواسطة الرسائل القصيرة عبر الهاتف النقال 112
المطلب الثالث: الموازنة بين الأضرار 115
الفصل الخامس: تطبيقات معايير الترجيح في القضايا الطبية
المبحث الأول: عملية التلقيح الصناعي عن طريق أنبوب الاختبار 125
المطلب الأول: تعريف عملية التلقيح الصناعي عن طريق أنبوب الاختبار 125
المطلب الثاني: بيان صور عملية التلقيح الصناعي عن طريق أنبوب الاختبار وأقوال العلماء فيها 126
المطلب الثالث: الموازنة بين الأضرار 129

المبحث الثاني: الإجهاض للحمل الناتج عن الاغتصاب 142
المطلب الأول: مفهوم الإجهاض 142
المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم الإجهاض بشكل عام 143
المطلب الثالث: أقوال العلماء في حكم الإجهاض للحمل الناتج عن الاغتصاب 150
المطلب الرابع: الموازنة بين الأضرار 153
المبحث الثالث: قتل الرحمة 165
المطلب الأول: معنى قتل الرحمة 165
المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم قتل الرحمة 166
المطلب الثالث: الموازنة بين الأضرار 169
الخاتمة: نتائج البحث وتوصياته 179
قائمة المصادر والمراجع 182

الفصل الأول التمهيدي
مقدمات البحث

وتحت هذا الفصل ما يأتي:

المقدمة

أسئلة البحث

أهداف البحث

الدراسات السابقة

منهج البحث

أولاً: المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، ومن يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمدا عبده ورسوله.

أما بعد،

فإنّ الإسلام دين يسر وسماحة، ولم يرد بالمكلفين العسر والمشقة بل جاء لمصلحة الإنسان ودفع المفسدة عنه كما قال تعالى: [يريد اللهُ بِكُمُ اليسر ولا يريد بِكُم العسر][1]، وكذلك في قوله تعالى: [ما يريد اللهُ لِيجعلَ عليْكُم مِّن حرجٍ][2]. ولذلك إذا وجدت أضرار فعلينا أن نختار أخفها بدفع أشدها كما قال تعالى: [يسئلُونك عنِ الشهرِ الحَرامِ قِتالٍ فِيهِ قُلْ قِتالٌ فِيهِ كَبِير وصد عن سبِيلِ اللهِ وكُفْر بِهِ والمَسجِدِ الحَرامِ وإخراج أهلِهِ مِنه أكْبر عِند اللهِ والفِتنةُ أكْبر مِن القَتلِ][3]. وهذا التقديم لحكم على آخر لا بد أن يكون وفق معايير خاصة لرفع التعارض بينها. وإنّ العلماء حينما تعارضت لديهم أحكام بعض الجزئيات، أو الأسباب التي تقتضيها نفيا أو إثباتا، نظروا في وجوه الترجيح بينها.

وإذا استحضرنا كثرة التعارض بين الأحكام في القضية أو المسألة الواحدة التي يقع فيها المسلم في عصرنا، أدركنا أهمية معرفة معايير للترجيح بين الأضرار في حياتنا العملية خصوصا مع كثرة النوازل والمسائل والقضايا التي لم تكن معهودة في عصر السابقين، ولم يتحدث العلماء عنها في ذلك الوقت.

وقد اختارت الباحثة دراسة موضوع معايير الترجيح بين الضررين عند الفقهاء والأصوليين متناولة في ذلك بعض تطبيقاتها المعاصرة في مجالات الأسرة والقضايا الطبية. ستحاول الباحثة تناول معايير الترجيح بين الضررين بالاعتماد على مقاصد الشريعة عند الأصوليين باعتبار أنّ الجمع بين "قواعد الترجيح" و"مقاصد الشريعة" و"القواعد الفقهية"لم يحظ

---

[1] سورة البقرة: الآية 185.

[2] سورة المائدة: الآية 6.

[3] سورة البقرة: الآية 217.

بكتابات وافرة وكافية في بحوث مستقلة، فهذا البحث سيسعى إلى بيان المعايير المقاصدية لقواعد الترجيح بين الضررين في دراسة مستقلة لتسهل تحصيل الفائدة منه وخاصة في الدراسات التطبيقية.

وسوف تستخدم الباحثة هذه المعايير لوظيفتين؛ وظيفة تحديد قيمة الضرر، ووظيفة الترجيح بين هذه الأضرار. كما تقوم الباحثة بتطبيقات في بعض قضايا الأسرة والقضايا الطبية والتي يتعلق بها أكثر من ضرر، بعضها يمثل في مجمل ضررا من جانب الوجود (أي حالة جوازها) وبعضها الآخر يمثل ضررا من جانب العدم (أي حالة عدم جوازها).

ثانيا: أسئلة البحث:

هذه الدراسة محاولة من الباحثة للإجابة عن عدة أسئلة يمكن إجمالها على النحو الآتي:

1. ما مفهوما "الضرر" و"الترجيح"، وما أدلة مشروعية قاعدة الترجيح في الاجتهاد، وما صور حصول الضررين؟
2. ما معايير الترجيح بين الضررين عند الأصوليين والفقهاء؟
3. كيف تطبق تلك المعايير في القضايا الأسرية المعاصرة؟
4. كيف تطبق تلك المعايير في القضايا الطبية المعاصرة؟

ثالثًا: أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق أهداف عديدة من أهمها:

1. تحديد حقيقة الضرر الشرعي بناء على مقاصد الشريعة، وبيان صوره، وأدلة مشروعية رفعه كقاعدة في الاجتهاد.

2. بيان معايير اختيار الراجح بين الضررين بميزان مقاصد الشريعة من خلال التعرض لاجتهاد الأصوليين والفقهاء المحققين في هذا الباب.

3. بيان كيفية الاستفادة من تلك المعايير في تطبيقها لحل كثير من المشاكل والقضايا الاجتماعية المعاصرة في القضايا الأسرية.

4. معالجة بعض المشاكل الاجتماعية المعاصرة في القضايا الطبية بتلك المعايير.

رابعا: الدراسات السابقة:

فضلا عما سلف، لم يفرد علماء التشريع قديما وحديثًا حسب اطلاع الباحثة موضوع معايير الترجيح بين الضررين بالاستناد إلى مقاصد الشريعة بالتأليف المستقل، سوى بعض الإشارات العابرة والعامة. وفي هذا المقام، تقوم الباحثة بالنظر في بعض الدراسات السابقة حول معايير الترجيح بين الضررين بغية الوقوف على ما ذكر عنه للإفادة وما ترك منه للإضافة.

تبدأ الباحثة في هذا العرض بما كتبه الإمام الجويني (478هـ) في كتابه "**البرهان** في **أصول الفقه**" فيما يتعلق بمقاصد الشريعة، والترجيح[4]، وسوف يفيد ذلك الباحثة في كيفية الترجيح بين الضررين وفق مقاصد الشريعة.

ومن الدراسات السابقة، كتاب "**المستصفى من علم الأصول**" للإمام الغزالي (505هـ) الذي بين أنّ المصلحة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أقسام المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع، وأقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها، وأقسام المصلحة من حيث الملاءمة ومن حيث الشمول[5]. وهذه التقسيمات سوف تفيد الباحثة في كيفية الترجيح بين الضررين.

ومن الكتب الأخرى، كتاب "**المحصول** في **علم أصول الفقه**" للإمام الرازي (606هـ)، وقد تناول قاعدة الترجيح لبعض المناسبات على بعض: إما أن تكون باعتبار ماهيتها، أو بأمور خارجة عنها[6].

وهناك كتاب "**قواعد الأحكام** في **مصالح الأنام**" لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (660هـ) فقد بين جلب مصالح الدارين، وفيما تعرف به المصالح

---

[4] الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، **البرهان** في **أصول الفقه**، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب (المنصورة: دار الوفاء، ط 3، 1412هـ/ 1992م)، ج 2، ص 602 وما بعدها.

[5] الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **المستصفى من علم الأصول** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 1402هـ/ 1983 م)، ج 3، ص 284 وما بعدها .

[6] الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، **المحصول** في **علم أصول الفقه**، تحقيق: طه جابر فياض العلوان (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 2، 1412هـ/ 1992م)، ج 5، ص 458 وما بعدها.

والمفاسد، وفي صور تفاوتهما، وبيان رتب المصالح والمفاسد وتساويها، وغيرها[7]. وسوف تقوم الباحثة بتحليل هذه المباحث لبيان علاقتها بقاعدة "ارتكاب أخف الضررين".
ومن الكتب المهمة، كتاب "**شرح تنقيح الفصول** في **اختصار المحصول** في **الأصول**" للإمام القرافي (684هـ) حيث بين أن المناسبة تنقسم إلى محل الضرورات، ومحل الحاجيات، ومحل التتمات، وتناول المؤلف توظيفها حين تعارض الأدلة، والأقيسة، والترجيح بينها. وفي الفصول الأخرى، ذكر المؤلف الترجيح وقواعده في الاجتهاد[8]، مما يتطلب من الباحثة التعرض لهما لغرض إثراء هذه الدراسة.
أما كتاب "**الموافقات** في **أصول الشريعة**" للإمام الشاطبي (790هـ) الذي جعل موضوع المقاصد هو الموضوع الرئيسي لكتابه، فيفيد الباحثة في تقسيمه المقاصد باعتبار مدى الحاجة إليها وقوتها وتأثيرها: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، ومن حيث أنّ كل قسم منها هو على أنواع: أصلي مكمل، وتابع مكمل[9]. لذلك سوف تحاول الباحثة أيضا الاستفادة من تلك التقسيمات في ضبط معايير الترجيح بين الضررين وفق مقاصد الشريعة.
ومن الكتب الأخرى، كتاب "**الأشباه والنظائر** في **قواعد وفروع فقه الشافعية**" للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (1505م)، حيث تحدث عن القاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" باختصار مع ذكر بعض التطبيقات المندرجة تحتها[10].
ويأتي على قمة هذه الدراسات الكتاب الذي ألفه الإمام ابن نجيم (1563م) "**الأشباه والنظائر**" وقد تناول قاعدة ارتكاب أخف الضررين مع ذكر بعض التطبيقات المتعلقة بها[11]. وتحاول الباحثة إضافة تطبيقات معاصرة في قضايا الأسرة والقضايا الطبية في ذلك.

---

[7]ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، **قواعد الأحكام** في **مصالح الأنام** (بيروت: مؤسسة الريان، د. ط، 1410هـ/ 1990م)، ج 1، ص 5 وما بعدها.

[8]القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، **شرح تنقيح الفصول** في **اختصار المحصول** في **الأصول**، تحقيق: طه عبد الرؤف سعد (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط 2، 1414هـ/ 1993م)، ص 391-428.

[9]الشاطبي، أبو إسحاق، **الموافقات** في **أصول الشريعة**، تحقيق: عبد الله دراز (د. م:د.ن، د. ط، د. ت)، ج 2، ص 8 وما بعدها.

[10]السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، **الأشباه والنظائر** في **قواعد وفروع فقه الشافعية** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1403هـ/ 1983م)، ص 86-88.

[11]ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **الأشباه والنظائر**، تحقيق وتقويم: محمد مطيع الحافظ (دمشق: دار الفكر، ط 1، 1403هـ/ 1983م)، ص 98-99.

ومن الدراسات السابقة كتاب "**مقاصد الشريعة الإسلامية**" لابن عاشور (1973م) حيث بين المصلحة والمفسدة، وطرق الترجيح بين المصالح، وتقسيمات المصالح[12]، وهو يفيد الباحثة في تقسيم المصالح المتعلقة بهذا الموضوع باعتبار آثارها في قوام أمر الأمة.

وكذلك كتاب "**ضوابط المصلحة** في **الشريعة الإسلامية**" لمحمد سعيد رمضان البوطي الذي بين ترتيب المصلحة حسب أهميتها، وبحث في ميزان تفاوت المصالح من حيث الأهمية، وأورد الدليل الشرعي على صحة هذا الميزان، مع بيان معنى تقديم المصلحة أو إهمالها عند تعارض مصلحتين في مناط واحد[13]. ويفيد ذلك الباحثة في بيان معايير الترجيح بين الضررين بصورة موسعة مع بيان كيفية تطبيقاتها في القضايا المعاصرة.

كما تستفيد الباحثة من كتاب "**القواعد الكلية والضوابط الفقهية** في **الشريعة الإسلامية**" للدكتور محمد عثمان شبير، حيث بين تعريف القواعد الفقهية، والضوابط الفقهية، وأهميتها وبين معنى القاعدة المتعلقة بقاعدة ارتكاب أخف الضررين، وتطبيقاتها[14]. لذلك سوف تقوم الباحثة بدراسة موسعة لهذا الموضوع وفق مقاصد الشريعة مضيفة إليه بعض التطبيقات المعاصرة.

ومن الدراسات السابقة، كتاب **نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها**" لجميل محمد بن مبارك حيث بين الضرورة الشرعية، وضوابطها، وعلاقة الضرورة بالمصلحة المرسلة، وتطبيقات الضرورة في بعض القضايا المعاصرة[15]. ولم يذكر الكاتب كيفية اختيار الراجح بين الضررين، وهذا ما ستقوم الباحثة ببيانه.

ومن الدراسات السابقة المهمة كتاب "**مقاصد الشريعة**" للدكتور محمد الزحيلي، حيث بين مقاصد الشريعة وتقسيمها حسب المصالح، وترتيب الأحكام الشرعية حسب المقاصد

---

[12] ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي (الأردن: دار النفائس، ط 2، 1342هـ/ 2001م)، ص 278 وما بعدها.

[13] البوطي، محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة** في **الشريعة الإسلامية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 4، 1402هـ/ 1982م)، ص 119 وما بعدها.

[14] شبير، محمد عثمان، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية** في **الشريعة الإسلامية** (الأردن: دار الفرقان، ط 1، 1420هـ/ 2000م)، ص 183-184.

[15] ابن مبارك، جميل محمد، **نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها** (المنصورة: دار الوفاء، ط 1، 1408هـ/ 1988 م)، ص 49 وما بعدها.

ووضع قاعدة مقاصد الشريعة للترجيح إذا تعارض حكمان من الأحكام[16]. ولذلك سوف تقوم الباحثة بتناول هذه القاعدة وعلاقتها بضبط المصالح وفق مقاصد الشريعة، مضيفة إليها بعض التطبيقات المعاصرة.

ومن الدراسات السابقة المهمة رسالة بعنوان **"فقه الأولويات: دراسة في الضوابط"** لمحمد الوكيلي، حيث بين المؤلف أنه إذا تزاحمت مفسدتان ارتكبت أخفهما بدفع أشدهما[17]، ويفيد الباحثة في كيفية التأصيل لهذه القاعدة من القرآن والسنة، وفي بيان أقوال العلماء فيها وعلاقتها بالمصالح مع إيراد بعض التطبيقات لها.

ومن الدراسات الأخرى، كتاب **"فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة"** للدكتور حسين حامد حسان حيث تناول المؤلف وجوب دفع أشد الضررين بارتكاب أخفهما، مع ذكر بعض الأدلة على قطعية هذا الأصل،[18] فيفيد الباحثة في كيفية تأصيله لتلك القطعية.

ومن الكتب المهمة أيضا، كتاب **"نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي"** للدكتور حسين حامد حسان، فلقد تناول موضوع تقسيمات المصلحة عند الأصوليين، ثم بين على وجه الإجمال أهمية التقسيم والنتائج المترتبة على ذلك، وذكر بعض التطبيقات للمصلحة في كل من المذهب المالكي، والشافعي، والحنبلي[19]. وذلك يفيد الباحثة في كيفية الترجيح بين الضررين وفق مقاصد الشريعة، وفي كيفية تطبيقاتها.

ومن الكتب المهمة أيضا في هذا المجال كتاب **"بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة"** للشيخ جاد الحق على جاد الحق حيث بين المؤلف الأجوبة لبعض القضايا المعاصرة، مثل حكم ولد الزنا من إكراه[20]. فتلك الأبحاث كانت مهمة في عصرنا، وأنّ الباحثة سوف تؤصل لتلك القضايا وفق ضوابط الترجيح بين الضررين.

---

[16] الزحيلي، محمد، **مقاصد الشريعة** (دمشق: دار المكتبي، ط 1، 1418هـ/ 1998م)، ص 22 وما بعدها.

[17] الوكيلي، محمد، **فقه الأولويات: دراسة في الضوابط**، إشراف: التهامي الراجي الهاشمي (جامعة محمد الخامس المغربية: رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية، 1415هـ/ 1994م)، ص 230-241.

[18] حسان، حسين حامد، **فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة** (جدة: المملكة العربية السعودية، ط 1، 1414هـ/ 1993م)، ص 36-38.

[19] حسان، حسين حامد، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي** (القاهرة: مكتبة المتنبى، د. ط، 1981م)، ص 15 وما بعدها.

[20] المرجع السابق، ج 2، ص 396-419.

وستستعين الباحثة بكتاب "**الاجتهاد المقاصدي: حجيته..ضوابطه..مجالاته**" للدكتور نور الدين بن مختار الخادمي حيث بين المؤلف بعض المشكلات المعاصرة في ضوء الاجتهاد المقاصدي[21]، دون التعرض لكيفية ربطها بالمقاصد بشكل موسع وهذا ما تحاول الباحثة إضافته.

ومن الكتب المهمة أيضا في هذا المجال، كتاب "**من هدى الإسلام: فتاوى معاصرة**" للدكتور يوسف القرضاوي حيث خصصه المؤلف حول الأجوبة لبعض الأسئلة في قضايا معاصرة، منها قتل الرحمة أو تيسير الموت للمريض، والإجهاض بناء على تشخيص مرض الجنين، وإجهاض الحمل الناشيء عن اغتصاب وغيرها[22]. والباحثة سوف تجعل بعض قضاياها تطبيقات لقاعدة الترجيح بين الضررين مراعية في ذلك البعد المقاصدي.

ومن الدراسات السابقة، كتاب "**أبحاث فقهية** في **قضايا طبية معاصرة**" للدكتور محمد نعيم ياسين، حيث بين بعض القضايا الطبية المعاصرة منها: النظرة الشرعية في حكم الإجهاض، فأبان مفاسد ومصالح تلك التصرفات[23]، وحاول الموازنة بينها بأسلوب علمي مستند إلى الأدلة الشرعية والقواعد العامة للشرع.

ومن الكتب الأخرى، كتاب "**فتاوى**" لعلي الطنطاوي حيث بين فتاوى في قضية طفل الأنابيب، يعني الأجوبة لبعض الأسئلة منها: هل يعتبر تحديا لإرادة الله، وما حكمه، وما الحكم في أخذ ماء الزوجين وزرعهما في رحم امرأة أخرى[24]. والباحثة سوف تجعل هذه القضية من تطبيقات قاعدة الترجيح بين الضررين وفق مقاصد الشريعة.

ومن الدراسات المهمة أيضا لهذا البحث، كتاب "**مستجدات فقهية** في **قضايا الزواج والطلاق**" لأسامة عمر سليمان الأشقر حيث بين الأحوال الشخصية ووسائل الاتصال

---

[21] الخادمي، نور الدين مختار، **الاجتهاد المقاصدي حجيته..ضوابطه..مجالاته** (قطر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط 1، 1419هـ/ 1998م)، ج 2، ص 126-133.

[22] القرضاوي، يوسف، **من هدى الإسلام: فتاوى معاصرة** (المنصورة: دار الوفاء، ط 2، 1414هـ/ 1993م)، ج 2، ص 525-612.

[23] ياسين، محمد نعيم، **أبحاث فقهية** في **قضايا طبية معاصرة** (الأردن: دار النفائس، ط 1، 1416هـ/ 1996م)، ص ص 96-128، 191-223.

[24] الطنطاوي، علي، **فتاوى**، تحقيق: مجاهد ديرانية (جدة: دار المنارة، ط 4، 1411هـ/ 1991م)، ص 101-106.

الحديثة خصوصا في إجراء عقود الزواج، وإجراء الطلاق[25]. فتحاول الباحثة تأصيل تلك المسائل وفق معايير الترجيح بين الضررين على ضوء مقاصد الشريعة.

وهناك كتاب لفارس محمد عمران بعنوان **"الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي"** وقد تناول صور الزواج غير الرسمي، منها الزواج العرفي، وبيان آثارها، وحكمها، والعوامل التي أدت إلى انتشارها[26]. والباحثة سوف تؤصل تلك القضايا وفق مقاصد الشريعة وقواعد الترجيح بين الضررين.

خامسا: منهج البحث:

ستعتمد الباحثة في دراسة هذا الموضوع على منهجين وهما:

1. **المنهج الاستقرائي**: وذلك بدراسة وتتبع آراء الأصوليين والفقهاء قديما وحديثًا حول هذا الموضوع مع ذكر الفتاوى المعاصرة المتعلقة بذلك.
2. **المنهج التحليلي النقدي**: تحليل آراء الأصوليين في توظيف معايير الترجيح بين الضررين ومحاولة تأصيل ذلك وفق مقاصد الشريعة، مع بيان ما يدعم ذلك من آراء الفقهاء المتعلقة بالقضايا الأسرية والطبية المعاصرة.

---

[25] الأشقر، أسامة عمر سليمان، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق** (الأردن: دار النفائس، ط 1، 1420هـ/ 2000م)، ص 101 وما بعدها.

[26] عمران، فارس محمد، **الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي** (القاهرة: مجموعة النيل العربية، ط 1، 2001 م)، ص 19 وما بعدها.

الفصل الثاني

مفهوما "الضرر" و"الترجيح" في الفقه الإسلامي

يتضمن هذا الفصل أربعة مباحث:

المبحث الأول: بيان "الضرر" وشروط ثبوته وأدلة مشروعية رفعه كقاعدة في الاجتهاد

المبحث الثاني: بيان حالات حصول الضررين

المبحث الثالث: بيان "الترجيح" وقواعده في الاجتهاد الأصولي

المبحث الرابع: مقاصد الشريعة وأهميتها في الاجتهاد الترجيحي

المبحث الأول

بيان "الضرر" وشروط ثبوته وأدلة مشروعية رفعه كأصل في الاجتهاد

المطلب الأول: مفهوم الضرر لغة واصطلاحا

الضرر في اللغة:

"الضرر" مصدره ضر وجمعه أضرار (ضر-يضر-ضرا-ضرا-ضررا-ضار)، ومعناه الأذى، والخسارة[27]، مثال ذلك في قوله تعالى: [لاَ يستوى القَاعِدونَ مِن المُؤمِنين غَير أُولِى الضرر والمُجاهِدونَ فِي سبِيل اللهِ بِأموالِهم وأنفُسِهم][28]، والضرر هنا بمعنى العلة التي تقعد عن الجهاد أو نحوه. وأما في القاعدة الفقهية "ارتكاب أخف الضررين": أقلهما شرا[29]. الضرر هو الأذى من كل شيء ماديا كالأمراض، والنقص في الجسم، والأموال، أو أدبيا كالغيبة والتشهير، وكل ما يجرح الشعور، وكل ما ألحق مفسدة بالغير[30].

"الضرر" أيضا بمعنى سوء الحال[31]. قال الأزهري: كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في البدن فهو ضر بالضم، وما كان ضد النفع فهو بفتحها. وقد يطلق على نقص يدخل الأعيان[32]. الضر هو سوء الحال الذي لا نفع معه يساويه أو يربو عليه، فإن كان معه نفع

---

[27] جماعة من كبار اللغويين العرب، **المعجم العربي الأساسي** (لاروس: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989م)، ص 769.

[28] سورة النساء: الآية 95.

[29] جماعة من كبار اللغويين العرب، **المعجم العربي الأساسي،** ص 769.

[30] أبو صفية، عبد الوهاب رشيد صالح، **شرح الأربعين النووية** في **ثوب جديد** (د. م، ط 1، 1308هـ/ 1988م)، ص 368.

[31] الزاوي، الطاهر أحمد، **ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة** (د. م: دار الفكر، ط 3، 1970م)، ج 3، ص 19.

[32] الفيومي، أحمد بن محمد بن على المقرى، **المصباح المنير** في **غريب الشرح الكبير للرافعى،** تصحيح: مصطفى السقا (مصر: مصطفى البابى الحلبى وأولاده، د. ط، د. ت)، ج 1، ص 6. وانظر: الأصفهاني، الراغب، **المفردات** في **غريب القرآن،** تحقيق: محمد سيد كيلانى (بيروت: دار المعرفة، د. ط، 1900م)، ص 293. وانظر: ابن منظور، **لسان العرب** (بيروت: دار صادر، ط 1، 1410هـ/ 1990م)، ج 4، ص 482.